



# Concepto 047151 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000047151\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000047151

Fecha: 11/02/2021 10:58:42 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Comisión empleo de libre nombramiento y remoción. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Interpretación artículo 3° de la Ley 1474 de 2011. Radicado: 20219000066352 del 8 de febrero de 2021

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición que le sean resueltas las siguientes preguntas:

*“¿Un funcionario activo de carrera administrativa del nivel profesional de una Contraloría Municipal puede desempeñar en Comisión de servicios un cargo de Libre Nombramiento y Remoción del Nivel Asesor en cualquiera de las entidades del Municipio que vigila la respectiva contraloría?*

*¿Las prohibiciones consagradas en el artículo 3 de la Ley 1474 de 2011 se aplican únicamente a los ex servidores públicos o también aplican para los funcionarios activos?”* (Copiado del original)

## FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La respuesta a los interrogantes planteados tendrá en cuenta los siguientes referentes normativos, conceptuales y jurisprudenciales:

Comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción.

El Decreto 409 de 2020, «Por el cual se crea el régimen de carrera especial de los servidores de las Contralorías Territoriales», determina en su artículo 47:

ARTÍCULO 47. Vacíos normativos en materia del régimen de carrera y de retiro del servicio. Las situaciones administrativas y aspectos no contemplados en este capítulo se regirán por las disposiciones del Régimen General de la Rama Ejecutiva aplicables a los empleados públicos.

Los aspectos aquí no previstos en materia de carrera administrativa se resolverán y tramitarán con arreglo a lo contenido en las normas generales de carrera.

En este orden de ideas, y dado que el Decreto 409 de 2020 no incluye la comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción resulta procedente remitirnos a lo dispuesto por el régimen general de carrera. Sobre el tema, la Ley 909 de 2004 en su artículo 26, dispone:

**ARTÍCULO 26. COMISIÓN PARA DESEMPEÑAR EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN O DE PERÍODO.** Los empleados de carrera con evaluación del desempeño sobresaliente, tendrán derecho a que se les otorgue comisión hasta por el término de tres (3) años, en períodos continuos o discontinuos, pudiendo ser prorrogado por un término igual, para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o por el término correspondiente cuando se trate de empleos de período, para los cuales hubieren sido nombrados o elegidos en la misma entidad a la cual se encuentran vinculados o en otra. En todo caso, la comisión o la suma de ellas no podrá ser superior a seis (6) años, so pena de ser desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática.

Finalizado el término por el cual se otorgó la comisión, el de su prórroga o cuando el empleado renuncie al cargo de libre nombramiento y remoción o sea retirado del mismo antes del vencimiento del término de la comisión, deberá asumir el empleo respecto del cual ostenta derechos de carrera. De no cumplirse lo anterior, la entidad declarará la vacancia de este y lo proveerá en forma definitiva. De estas novedades se informará a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En estos mismos términos podrá otorgarse comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período a los empleados de carrera que obtengan evaluación del desempeño satisfactoria.

Adicionalmente, el Decreto 1083 de 2015, señala:

**ARTÍCULO 2.2.5.5.39** Comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de periodo. Cuando un empleado de carrera con evaluación anual del desempeño sobresaliente sea nombrado en un cargo de libre nombramiento y remoción o de período, tendrá derecho a que el jefe de la entidad a la cual esté vinculado le otorgue, mediante acto administrativo motivado, la respectiva comisión para el ejercicio del empleo, con el único fin de preservarle los derechos inherentes a la carrera.

La comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción o periodo se regirá por lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 y en las demás disposiciones que la modifiquen, adicionen o sustituyan.

De las disposiciones legales, es posible concluir lo siguiente:

La comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de periodo, es una situación administrativa que se confiere a los empleados que ostentan derechos de carrera que cumplan los requisitos establecidos para el otorgamiento de esta figura, lo cual no implica pérdida ni mengua en los derechos de carrera.

Mientras dura esta comisión, el empleado queda regido por la relación laboral del cargo de libre nombramiento y remoción, suspendiéndose la del empleo de carrera.

Previo al otorgamiento de la comisión debe efectuarse el nombramiento en un empleo de libre nombramiento y remoción. No obstante, para tomar posesión de un cargo de libre nombramiento y remoción debe haber mediado la comisión respectiva, de conformidad con lo señalado en el artículo 42 de la Ley 909 de 2004, so pena de ser desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática.

El empleado que ostenta derechos de carrera con evaluación del desempeño sobresaliente tiene el derecho a ser comisionado para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción, en el caso de los empleados de carrera con evaluación de desempeño satisfactoria, será facultativo de la autoridad concederla.

El empleado que pudiera llegar a ser comisionado por derecho o por decisión facultativa de la Administración, debe cumplir con los requisitos exigidos para el desempeño del cargo de libre nombramiento y remoción.

La comisión podrá ser otorgada para el desempeño de cargos de libre nombramiento y remoción en la misma entidad a la cual se encuentran vinculado el empleado, o en otra entidad de la Administración Pública.

La comisión debe conferirse mediante acto administrativo, resolución en la cual se debe determinar el término de duración de la misma, tiempo que una vez terminado genera que el empleado deba restituirse al cargo del cual es titular, so pena de ser desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática de no restituirse.

El empleado comisionado en un cargo de libre nombramiento y remoción, percibirá el salario y prestaciones sociales correspondientes al empleo de libre nombramiento y remoción para el cual fue nombrado. En consecuencia, será la entidad en donde se cumple la comisión, la responsable del reconocimiento y pago de estos emolumentos.

ARTÍCULO 3 de la Ley 1474 de 2011

El artículo 3 de la Ley 1474 de 2014, dispone:

ARTÍCULO 3. PROHIBICIÓN PARA QUE EX SERVIDORES PÚBLICOS GESTIONEN INTERESES PRIVADOS. El numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002 quedará así:

Prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, o permitir que ello ocurra, hasta por el término de dos (2) años después de la dejación del cargo, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, y para la prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos al que se haya estado vinculado.

Esta prohibición será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones.

Se entiende por asuntos concretos de los cuales conoció en ejercicio de sus funciones aquellos de carácter particular y concreto que fueron objeto de decisión durante el ejercicio de sus funciones y de los cuales existe sujetos claramente determinados.

La Corte Constitucional mediante la sentencia C-257 del 7 de mayo de 2013 resuelve la demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 1º del artículo 3 y el artículo 4 de la Ley 1474 de 2011, Conjuez Ponente: Jaime Córdoba Triviño, afirma:

Para la Corte, la proposición normativa contenida en la disposición acusada establece lo siguiente: los ex servidores públicos, no podrán,(i) por el término de dos años después de la dejación del cargo, (ii) en asuntos relacionados con el ejercicio de cargo, prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación (...), con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios (P1); ni tampoco prestar servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos al que se haya estado vinculado: (P2)

En relación con la finalidad, la utilidad y la necesidad de las medidas objeto de análisis ya se pronunció la Corte en la citada sentencia [C-893](#) de 2003.

Pero, ahora, corresponde revisar si la definición de un plazo de dos años comporta; desde una perspectiva constitucional, una restricción razonable respecto de los beneficios que estas medidas prohibitivas buscan. En términos de la propia Corte, si el daño que eventualmente se produce sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos afectados por la norma acusada, es superior al beneficio constitucional que la norma pretende alcanzar.

(...)

En efecto:

El servidor público al dejar su cargo, en los casos puntualmente examinados, aunque tiene limitados unos escenarios concretos y definidos para desarrollar sus actividades laborales y sus competencias profesionales o técnicas, de ello no se deriva que por fuera de ellos no pueda desempeñar actividades compatibles con su experiencia, trayectoria e intereses. Esa medida constitucionalmente legítima escogida por el legislador en el marco de una política estatal en favor de la moralidad administrativa, no cercena el ejercicio de los derechos de los ex servidores públicos, sino que comporta una restricción tolerable y de menor impacto frente al valor y significado del fin perseguido.

Estas inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones resultan perfectamente compatibles con la Constitución Política pues como tuvo oportunidad de señalarlo la Corte en la sentencia [C-893](#) de 2003, que le sirvió de guía y fundamento en esta oportunidad al legislador, responde a un fin constitucionalmente legítimo. como es el de abolir la práctica de indebidas influencias en la administración pública, favoritismos o ventajas inaceptables, que no se eliminarían de aceptarse que los ex servidores públicos, dentro de ese plazo razonable, puedan, sin límite alguno, asistir, asesorar o representar al propio organismo, entidad o corporación a la cual prestaron sus servicios, o gestionar ante ellas asuntos relacionados con el cargo que desempeñó o aún peor en relación con los asuntos concretos que el funcionario conoció en ejercicio de sus funciones, o hacerlo a favor de empresas, sociedades o entidades que precisamente estuvieron sujetas - de manera concreta y específica - a su control, vigilancia, inspección o regulación cuando desempeñó las funciones públicas.

Se reitera en esta oportunidad que la decisión del legislador en este punto resulta perfectamente compatible con los principios constitucionales que informan la función pública de los cuales surge la necesidad de establecer una clara separación entre los intereses particulares y el ejercicio de las funciones públicas.

De tal suerte que las restricciones en sí mismas consideradas y la ampliación del término a dos años, consultan un principio de razón suficiente y supera el test de proporcionalidad, si se tiene en cuenta que la restricción a los derechos resulta menor que el beneficio constitucional que pretende la medida y que se enmarca en la dirección de los principios esenciales de la función pública señalados en el artículo [209](#) superior.

En el examen de la proporcionalidad de la norma debe considerarse que esas restricciones y el plazo de su vigencia, se afianzan constitucionalmente también en los derechos que los ciudadanos tienen a que la función pública se cumpla en los términos que la Carta establece, es decir a que el poder que entraña dicha unción sea reglado, limitado, transparente, imparcial e igual para todos, principios y fines que no se lograrían cabalmente si no se establecen las restricciones señaladas con el contenido material y por el término previstos en las normas demandadas.

(...)

Por lo demás el plazo de dos años sigue siendo razonable y proporcionado si se toma en cuenta que la finalidad perseguida es precisamente la de evitar o minimizar los canales de influencia del ex servidor con las entidades a las que estuvieron vinculados o, de otra parte, los vínculos con los sujetos o empresas que fueron objeto de manera concreta del control, vigilancia, inspección o regulación durante el ejercicio de sus responsabilidades públicas.

Sin embargo, precisa la Corte que el ámbito material de las dos prohibiciones consagradas en el inciso 1. del artículo 3 de la Ley 1474 de 2011, se entiende a ex servidores públicos para gestionar intereses privados durante dos años después de la dejación del cargo en dos supuestos: (i) asesorar, representar o asistir, a título personal o por interpuesta persona, respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, en asuntos relacionados con funciones propias del cargo, y (ii) la prestación de iguales servicios a aquellas personas jurídicas o naturales sujetas a la inspección, vigilancia, control o regulación del organismo, entidad o corporación con el que hubiera estado vinculado.

Desde el punto de vista del contenido literal de la norma podría admitirse que el presupuesto en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, se aplicaría únicamente a la primera prohibición. Esta interpretación indicaría que la segunda prohibición al no estar sujeta al mismo supuesto que la primera, consagraría para los ex servidores públicos que cumplieron funciones de inspección, vigilancia, control o regulación, una restricción desproporcionada frente a sus derechos fundamentales al trabajo y a la libertad de escoger profesión, arte u oficio, pues no podrían, durante el plazo previsto de los dos años a partir de la dejación de su cargo, asesorar, representar o asistir a cualquier persona natural o jurídica que pertenezca a los sectores que comprendían sus funciones y en cualquier tipo de asunto. Por esta razón y en aplicación del principio de conservación del derecho, se hace necesario expulsar del ordenamiento esa posible interpretación inconstitucional y, en su lugar, declarar la exequibilidad de la norma, bajo el entendido que el requisito "en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo", se aplica a las dos prohibiciones allí consagradas. Y ello precisamente en razón de la amplitud e interminación de los sectores que comprenden estas funciones específicas y que implicaría, como se anotó, una restricción constitucionalmente desproporcionada frente a los derechos fundamentales en juego.

De tal manera que las prohibiciones previstas en la norma acusada se aplican única y exclusivamente respecto de asuntos que tengan relación con las funciones propias del cargo que desempeñaron y con respecto a la entidad, organismo o corporación a la que prestaron sus servicios. Lo cual significa que los ex servidores públicos en uno y otro caso sí podrían, asistir, representar o asesorar con respecto de las entidades para las cuales prestaron sus servicios o a quienes estuvieron sujetos (personas naturales o jurídicas) a su inspección, vigilancia, control o regulación, en asuntos distintos a aquellos que se relacionen con las específicas y concretas competencias que desempeñaron durante el tiempo de su vinculación a la entidad respectiva y con respecto a la misma».

La prohibición indefinida en el tiempo de prestar a título particular servicios de asistencia, representación o asesoría respecto de los asuntos concretos de los cuales conoció en ejercicio de sus funciones; se enmarca en el ejercicio privado de algunas funciones, cargos o actividades que por su naturaleza o alcance puedan generar afectación a la función pública. Es decir, esta norma pretende evitar que terceros se beneficien de la información especial y del conocimiento adquirido como servidor público; en provecho de: intereses particulares, exclusiones indebidas, favoritismos no autorizados por la ley o con ventajas obtenidas a merced del uso de información obtenida por razón de su calidad como servidor público. A fin de atentar contra la ética y la probidad característica de los funcionarios públicos.

#### RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones damos respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que se formularon:

*¿Un funcionario activo de carrera administrativa del nivel profesional de una Contraloría Municipal puede desempeñar en Comisión de servicios un cargo de Libre Nombramiento y Remoción del Nivel Asesor en cualquiera de las entidades del Municipio que vigila la respectiva contraloría?*

Conforme a lo dispuesto por el artículo 26 de la Ley 909 de 2004, la comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción permite a los empleados de carrera vincularse en la misma o en otra entidad en cargos de confianza y manejo hasta por 3 años prorrogables por 3 años más, sin perder sus derechos de carrera y, siempre que cumpla con los requisitos exigidos para dicho empleo.

Por lo tanto, en criterio de esta Dirección Jurídica resulta procedente que al empleado con derechos de carrera, de la contraloría municipal, se le otorgue comisión para desempeñar empleo de libre nombramiento y remoción, como asesor, en una de las entidades del municipio vigiladas por dicha contraloría.

¿Las prohibiciones consagradas en el artículo 3 de la Ley 1474 de 2011 se aplican únicamente a los ex servidores públicos o también aplican para los funcionarios activos?

La prohibición del artículo 3° de la Ley 1474 de 2011 es respecto de los asuntos relacionados con las funciones propias del cargo desempeñado y de la entidad, organismo o corporación donde se prestó el servicio. Es decir, dicha restricción no aplica para una nueva vinculación laboral como empleado público (relación legal y reglamentaria) en otra entidad estatal, por cuanto en ella no se está ante un ejercicio de funciones, cargos o actividades privadas, sino ante el desempeño de una función pública.

#### NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo - Ley 1437 de 2011.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web [www.funcionpublica.gov.co/eva](http://www.funcionpublica.gov.co/eva) en el link «Gestor Normativo» donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

#### NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. «Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones»
2. «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública».
3. Artículo derogado por la Ley 1952 de 2019

*Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:33:38*